

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CERGY-PONTOISE**

JL/GB

N° 1703059

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE AXIMUM

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Balaesque
Juge des référés

Le juge des référés,

Ordonnance du 2 mai 2017

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 31 mars 2017 et le 13 avril 2017, la société Aximum, représentée par Me Dal Farra, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :

1°) de prononcer la suspension immédiate de l'exécution du marché public ayant pour objet la réalisation de prestations de travaux de signalisation horizontale sur le territoire de la commune de Nanterre conclu entre la commune de Nanterre et le groupement momentané d'entreprises constitué entre les sociétés Axe Signa et Grand Paris Signalisation, jusqu'à la notification de la présente ordonnance ;

2°) à titre principal, de prononcer la nullité du marché litigieux ou son annulation ;

3°) à titre subsidiaire, de prononcer la résiliation du marché avec effet immédiat ;

4°) à titre très subsidiaire, de réduire la durée d'exécution du marché d'au moins quarante cinq mois ;

5°) de mettre à la charge de la commune de Nanterre la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la commune de Nanterre a méconnu l'obligation de respecter un délai raisonnable de *standstill*, imposé par les dispositions de l'article 99-I du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 et les principes fondamentaux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), en signant le contrat litigieux le lendemain de l'envoi du courrier l'informant du rejet de son offre ; elle a ainsi été privée de son droit d'exercer utilement un référé précontractuel ;

- la procédure de passation est entachée de plusieurs irrégularités ;

- la commune de Nanterre a méconnu l'obligation de négocier qu'elle s'était imposée par l'article 5.2 du règlement de consultation en se contentant d'inviter les candidats à confirmer qu'il s'agissait de leur meilleure offre sans préciser les points de cette offre susceptibles d'amélioration ;

- la commune de Nanterre n'a pas suffisamment précisé les conditions de recours à la négociation, en s'abstenant notamment de préciser le nombre de candidats admis lors de cette phase ;

- la commune de Nanterre a méconnu l'article 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 en neutralisant le critère de la valeur technique par l'attribution de notes identiques et maximales aux offres d'au moins deux candidats sur la totalité des quatre sous-critères de ce critère ;
- la commune de Nanterre a méconnu l'article 48 du décret du 25 mars 2016 en s'abstenant de vérifier tant les capacités économiques et financières que les capacités techniques et professionnelles des candidats.

Par des mémoires, enregistrés les 7 et 18 avril 2017, la commune de Nanterre, représentée par Me Vandepoorter, conclut, dans le dernier état de ses écritures, au rejet de la requête présentée par la société Aximum et demande que soit mise à sa charge la somme de 9 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- les moyens soulevés par la société Aximum sont inopérants, dès lors que n'étant pas au nombre de ceux limitativement énumérés par les dispositions des articles L. 551-18 et L. 551-20 du code de justice administrative, ils ne relèvent pas des hypothèses dans lesquelles le juge du référé contractuel peut exercer son office ;
- ces moyens ne sont pas fondés.

Par un mémoire, enregistré le 13 avril 2017, la société Axe Signa et la société Grand Paris Signalisation, représentées par Me Gayraud concluent au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Aximum la somme de 4 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code justice administrative.

Elles font valoir que les moyens soulevées par la requérante ne sont pas fondés.

Par un mémoire distinct, enregistré le 14 avril 2017, la société Aximum, représentée par Me Dal Farra, demande au tribunal de transmettre au Conseil d'Etat la question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles L. 551-1, L. 551-10 et L. 551-13 à L. 551-23 du code de justice administrative et de l'article 55 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics en tant que ces articles s'abstiennent d'imposer le respect d'un délai d'attente avant de signer tous les marchés publics passés selon une procédure adaptée.

Elle soutient que :

- le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence en n'encadrant pas suffisamment les modalités et les conditions d'accès aux procédures de référé précontractuel et contractuel pour les concurrents évincés de la conclusion d'un marché public passé selon une procédure adaptée ;
- cette incompétence négative porte une atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction, garanti par l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;
- elle porte également atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures qui découlent des articles 6 et 14 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;
- elle porte enfin atteinte au droit de demander des comptes à tout agent public de son administration, garanti par l'article 15 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- le code de justice administrative.

La Présidente du Tribunal a, en application des dispositions de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, désigné Mme Balaesque, conseiller, pour statuer sur les requêtes présentées sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et L. 551-13 du code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 18 avril 2017 à 14 heures 45 :

- le rapport du juge des référés ;
- les observations de Me Dal Farra, pour la société Aximum, qui a soulevé à la barre le moyen tiré de l'exception d'inconstitutionnalité des dispositions des articles 99 et 101 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics en tant qu'elles s'abstiennent d'imposer le respect d'un délai de standstill pour les marchés passés selon une procédure adaptée ;
- les observations de Me Benahji, pour la société Axe Signa ;
- les observations de Me Vandepoorter pour la commune de Nanterre.

A l'issue de l'audience, la clôture de l'instruction a été reportée au 20 avril 2017 à 12h.

Par un mémoire distinct, enregistré le 18 avril 2017, la société Aximum, représentée par Me Dal Farra, réitère sa demande de transmettre au Conseil d'Etat la question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles L. 551-1, L. 551-10 et L. 551-13 à L. 551-23 du code de justice administrative et de l'article 55 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics en tant que ces articles s'abstiennent d'imposer le respect d'un délai d'attente avant de signer tous les marchés publics passés selon une procédure adaptée.

Par un mémoire, enregistré le 18 avril 2017, la société Aximum, représentée par Me Dal Farra, conclut aux mêmes fins que ses précédentes écritures par les mêmes moyens, en y ajoutant par écrit le moyen soulevé à la barre tiré de l'exception d'inconstitutionnalité des dispositions des articles 99 et 101 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics en tant qu'elles s'abstiennent d'imposer le respect d'un délai de standstill pour les marchés passés selon une procédure adaptée.

Par un mémoire en défense, enregistré le 20 avril 2017, la commune de Nanterre, représentée par Me Vandepoorter, conclut aux mêmes fins que ses précédentes écritures par les mêmes moyens.

Elle fait également valoir que la question prioritaire de constitutionnalité soulevée est dénuée de caractère sérieux.

Par une ordonnance du 20 avril 2017, la clôture de l'instruction a été reportée au 21 avril 2017 à 12h.

1. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 24 octobre 2016 au bulletin officiel des annonces des marchés publics, la commune de Nanterre a engagé une procédure adaptée pour la passation d'un marché public de travaux de signalisation horizontale ; que la date limite de réception des offres était fixée au 18 novembre 2016 à 16h ; qu'à l'issue d'une phase de négociation, la commune de Nanterre a décidé d'attribuer le marché à la société Axe Signa et a notifié à la société Aximum le rejet de son offre, par un courrier du 15 février 2017 ; que le marché litigieux a été signé le 16 février 2017 ; que, par la présente requête, la société Aximum demande au juge des référés contractuels, à titre principal, de prononcer l'annulation du marché, à titre subsidiaire, de prononcer la résiliation du marché ou d'en réduire la durée d'exécution ;

Sur la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la société requérante :

2. Considérant qu'aux termes de l'article 61-1 de la Constitution : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État (...) qui se prononce dans un délai déterminé. / Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.* » ; qu'en vertu des dispositions combinées des premiers alinéas des articles 23-1 et 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, susvisée, le tribunal, saisi d'un moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution présenté dans un écrit distinct et motivé, statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État et procède à cette transmission si est remplie la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question ne soit pas dépourvue de caractère sérieux ;

3. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 55 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ratifiée par l'article 39 de la loi du 9 décembre 2016 : « *Le choix des acheteurs à l'issue de la procédure de passation est communiqué aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue* » ;

4. Considérant, d'autre part, que les dispositions de l'article L. 551-10 du code de justice administrative déterminent les personnes habilitées à engager un référé précontractuel, devant le tribunal administratif territorialement compétent, à l'encontre des procédures de passation des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5 qu'envisagent de conclure les pouvoirs adjudicateurs ; que les articles L. 551-13 à L. 551-23 du code de justice administrative définissent le régime juridique du référé contractuel, susceptible d'être exercé une fois conclu l'un de ces contrats ; qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsque ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.* » ;

qu'aux termes de l'article L. 551-19 : « *Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. / Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public.* » ; qu'enfin, selon l'article L. 551-20 : « *Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière.* » ;

5. Considérant que la société Aximum soutient que ces dispositions, en tant qu'elles s'abstiennent d'imposer le respect d'un délai d'attente avant de signer tous les marchés publics passés selon une procédure adaptée, sont contraires au droit à un recours juridictionnel effectif découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures découlant des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi qu'au droit de demander des comptes à tout agent public de son administration, garanti par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

6. Considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article L. 551-10 du code de justice administrative qui déterminent les personnes habilitées à engager un référé précontractuel ne sont pas applicables au présent litige relatif à un référé contractuel, les personnes habilitées à agir dans ce cadre étant déterminées par les dispositions de l'article L. 551-14 de ce code ;

7. Considérant, en deuxième lieu, que les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ainsi que la règle de transparence des procédures qui en découle, n'imposent pas aux pouvoirs adjudicateurs de respecter un délai d'attente entre la notification aux candidats évincés du rejet de leur offre et la conclusion du contrat ;

8. Considérant, en troisième lieu, que la procédure de référé contractuel a été instituée afin de permettre aux requérants intéressés de faire sanctionner, une fois conclu les contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative, les manquements limitativement définis par les dispositions des articles L. 551-18 et L. 551-20 citées ci-dessus aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de ces contrats ; qu'indépendamment de l'action ouverte devant le juge du référé contractuel, le concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif peut saisir le juge du contrat de conclusions tendant à contester la validité de ce contrat ou à obtenir l'indemnisation du préjudice né de sa conclusion en invoquant, outre les vices d'ordre public, les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat en rapport direct avec son éviction ; que ce recours en contestation de la validité du contrat peut être éventuellement assorti d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat ; que les candidats à l'attribution d'un contrat qui n'est pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de respecter un délai minimal entre la notification de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une offre et la signature du contrat, ne sont, dès lors, pas privés de la possibilité d'exercer un recours juridictionnel effectif ; que, par suite, les dispositions législatives contestées ne méconnaissent ni le droit au recours effectif que garantissent les dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ni, en tout état de cause, le droit de demander des comptes à tout agent public de son administration que garantissent les dispositions de l'article 15 de cette Déclaration ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la question de constitutionnalité soulevée ne présente pas un caractère sérieux au sens des dispositions de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ; qu'ainsi il n'y a pas lieu de transmettre au Conseil d'Etat la question prioritaire de constitutionnalité posée ;

Sur les manquements invoqués :

10. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont limitativement définis par les dispositions des articles L. 551-18 et L. 551-20 du code de justice administrative précitées ; que, lorsque le marché n'est pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de respecter un délai minimal entre la notification de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une offre et la signature du contrat, l'annulation d'un tel contrat ne peut résulter que, soit du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéa de l'article L. 551-18, soit de ce que le contrat a été signé, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 551-4 ou L. 551-9 du même code, alors que le tribunal administratif était saisi d'une demande en référé précontractuel ;

11. Considérant que pour demander l'annulation du contrat portant sur des travaux de signalisation horizontale conclu entre la commune de Nanterre et le groupement momentané d'entreprises constitué entre les sociétés Axe Signa et Grand Paris Signalisation, la société Aximum soutient, d'une part, que la commune de Nanterre a méconnu l'obligation de respecter un délai raisonnable de *standstill* avant la signature de ce contrat et, d'autre part, que la commune de Nanterre a méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles la passation de ce contrat était soumise en ne respectant pas l'obligation de négocier qu'elle s'était imposée, en ne précisant pas les conditions de recours à la négociation, en neutralisant le critère de la valeur technique et en s'abstenant de vérifier tant les capacités économiques et financières que les capacités techniques et professionnelles des candidats ;

12. Considérant qu'aux termes de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 : « I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre. (...) / II - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet. / Lorsque cette notification intervient après l'attribution du marché public, elle précise, en outre, le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre. Elle mentionne également la date à compter de laquelle l'acheteur est susceptible de signer le marché public dans le respect des dispositions du I de l'article 101. » ; qu'aux termes de l'article 101 de ce décret : « I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue au deuxième alinéa du II de l'article 99 et la date de signature du marché public par l'acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique. / II. - Le respect du délai mentionné au I n'est pas exigé : / 1° Lorsque le marché public est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation ; / 2° Pour l'attribution des marchés subséquents, fondés sur un accord cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique. » ;

13. Considérant que ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet d'imposer le respect d'un délai minimal entre la notification de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une offre et la signature du contrat pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée ; que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de ces dispositions en

tant qu'elles n'imposent pas le respect d'un tel délai ne peut, en tout état de cause, qu'être écarté pour les motifs exposés aux points 6 et 7 ; que les principes fondamentaux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en particulier les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement, n'imposent pas non plus aux pouvoirs adjudicateurs le respect d'un tel délai ;

14. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché litigieux a été attribué au terme d'une procédure adaptée et que la commune de Nanterre n'était, par suite, soumise à aucune obligation de respect d'un délai minimal entre la notification de la décision d'attribution et la signature du contrat ;

15. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 9 que les manquements dont se prévaut la société requérante ne relèvent d'aucune des hypothèses dans lesquelles le juge du référé contractuel peut exercer son office ; que, par suite, ses demandes tendant à ce que soient prononcées la suspension immédiate de l'exécution du marché, son annulation, sa résiliation et la réduction de sa durée d'exécution ne peuvent qu'être rejetées ;

16. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la commune de Nanterre qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Aximum la somme de 1 500 euros à verser à la commune de Nanterre ainsi que la somme de 500 euros à verser aux sociétés Axe Signa et Grand Paris Signalisation au titre des mêmes dispositions ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête présentée par la société Aximum est rejetée.

Article 2 : La société Aximum versera une somme de 1 500 euros à la commune de Nanterre ainsi qu'une somme de 500 euros aux sociétés Axe Signa et Grand Paris Signalisation au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Aximum, à la société Axe Signa, à la société Grand Paris Signalisation et à la commune de Nanterre.

Fait à Cergy-Pontoise, le 2 mai 2017.

Le juge des référés,

signé

C. Balaesque

Le greffier,

signé

A. Moulard

La République mande et ordonne au préfet des Hauts-de-Seine, en ce qui le concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.